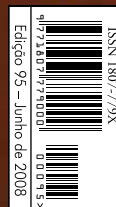


JUSTIÇA CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL



Edição 95 - Junho de 2008

R\$ 16,90

DESEMBARGADOR
ROBERTO WIDER

PELA MORALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES

Editorial: A MORALIDADE PÚBLICA

PRORROGAÇÃO DE PRAZO NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO: EFICIÊNCIA EM NOME DO INTERESSE PÚBLICO

Marcus Fontes

Advogado
Mestre em Direito pela Harvard Law School
Pós-graduado em Tributação Internacional pela
Harvard University

Assim como em outros ramos do conhecimento, o Direito é marcado por datas históricas. 1500, 1889, 1964 e 1988 são anos que marcaram decisivamente a história jurídica do Brasil.

2008 será também um deles, e, inevitavelmente, um ano emblemático para a exploração de serviços públicos no Brasil.

Digo isso porque a União Federal, diversos Estados e inúmeros Municípios decidirão, este ano, acerca da prorrogação dos prazos de permissões de serviços públicos outorgadas à iniciativa privada.

Debates acalorados têm se espalhado pelo país sobre essa questão. A grande parte movida por conceitos pré-estabelecidos (i.e., preconceitos), pretensos dogmas e, de certa forma, incompreensão sobre a matéria.

Há duas opções: estagnar ou avançar, tanto jurídica como institucionalmente. Essa escolha, entretanto, deve prescindir de paixões e impõe que seja tomada, logicamente, com vistas à realização do interesse público.

Para se escolher o melhor caminho, deve-se, antes de tudo, conhecer o terreno e o contexto.

Pois bem. O tema envolve a validade de centenas de permissões outorgadas a empresas privadas para a exploração de serviço público, dentre os quais o de transporte coletivo, sobretudo o operado através de ônibus.

Antigamente, no setor de transporte coletivo de passageiros, por exemplo, fez-se uso de “contratos de permissão”

para formalizar os vínculos entre concedente e prestador de serviço.

A designação, porém, confundia o regime jurídico do instituto. É que, ao invés de atos de natureza “unilateral e precária” (como eram caracterizadas pela doutrina), as permissões do setor de transporte eram marcadas pelo caráter nitidamente “contratual” e por vultosos investimentos, no mais das vezes com prazo determinado, o que eliminava sua condição de precariedade absoluta.

O vínculo jurídico, portanto, possuía características mais próximas de uma concessão do que propriamente de uma permissão, se esta fosse considerada em sua acepção tradicional. Tanto é assim que Miguel Reale, atento para a singularidade dessa relação jurídica, chegou a afirmar que “a permissão se constitui como se fora uma autorização e é exercida como se fora concessão.”

Foi justamente por essa razão que Caio Tácito alertava que, nesses casos, “a substância das relações oriundas das permissões evidencia a necessidade de distinguir as permissões simples, de extrema precariedade, e os casos em que a fixação de prazo certo, ou mesmo a natureza da obrigação, evidenciam a estabilidade do vínculo.”

A diversidade de limitações que pode apresentar a peculiar natureza das permissões chegou a inspirar, inclusive, a síntese de Cretella Júnior no sentido de que “há, assim, uma precariedade muito precária, uma precariedade mais ou menos precária, e uma precariedade bem pouco

precária, ou seja, existem graus diversos de intensidade na utilização precária do bem público (e, conseqüentemente, da exploração do serviço público).”

A Constituição de 1988 ratificou esse entendimento e, atualmente, não há dúvida de que a permissão de serviço público possui natureza contratual e não consubstancia ato “unilateral e discricionário”, resolúvel a qualquer tempo pela Administração Pública. Prova disso é a própria Lei Federal nº 8.987/95, conhecida como Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos.

O problema reside, todavia, na velha concepção sobre esse instituto tida por muitos no passado e dos seus efeitos no presente.

Alega-se que tais permissões, por terem sido delegadas sem prévia licitação, não se revestiriam da legalidade, tampouco legitimidade, necessárias à sua validade. Por conseguinte, afirmam que a prorrogação dos seus prazos, em 2008, implicaria na manutenção de uma situação irregular, sem amparo constitucional.

Com respeito daqueles que pensam assim, julgar dessa forma significa optar, unicamente, por “pseudo” dogmas, *a priori*. É uma questão de escolha, mas representa o caminho da estagnação, da submissão cega a uma máxima, independentemente da sua *ratio*.

O princípio da licitação é visto simplesmente sob a lente morfológica e não sintática. Puramente estática, não dinâmica. É analisado em si mesmo e não como instrumento

ou função para a realização de um fim: o interesse público.

Ora, nenhum procedimento licitatório é um fim em si ou algo absoluto. Ao contrário, é, na sua essência, um princípio instrumental e relativo. A sua função no sistema legal e constitucional visa, exclusivamente, à satisfação do interesse público, como meio, em regra, de se obter, de forma isonômica, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública quando da contratação de obras e a prestação de serviços.

Mas nem sempre isso é possível ou recomendável. Há inúmeros casos em que essa norma-princípio não se aplica, haja vista a própria Lei de Licitações, que a excepciona em mais de duas dezenas de vezes.

A impossibilidade de competição e a urgência da contratação são fundamentos clássicos para que isso ocorra. Até aí nenhuma novidade.

O que chama a atenção e instiga a apreciação é, justamente, quando o que está em jogo é algo além do efeito imediato da aplicação desse princípio: a “eficiência” na escolha em se licitar ou não, quando da prorrogação de prazo nos contratos de prestação de serviços públicos.

Aqui sim jaz o dilema. A encruzilhada jurídica em se optar entre dois caminhos, ambos perfeitamente defensáveis, porém com efeitos bem diversos.

De um lado, temos a via estreita, correta e estanque que cerca o processo de licitação. Licita-se porque é bom (e, indubitavelmente, é), mas não porque ou para se fazer bem.



“O PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO É VISTO SIMPLEMENTE SOB ALENTE MORFOLÓGICA E NÃO SINTÁTICA. PURAMENTE ESTÁTICA, NÃO DINÂMICA. É ANALISADO EM SI MESMO E NÃO COMO INSTRUMENTO OU FUNÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DE UM FIM: O INTERESSE PÚBLICO.”

De outro, há a possibilidade de inovar, progredir, fazer melhor, ser mais eficiente. E isso também com base na mesma Constituição Federal, que enaltece o princípio da licitação.

No exemplo citado, esse segundo caminho perpassa pela continuidade do serviço público, vedação do enriquecimento sem causa, segurança jurídica, realização do interesse público primário. Enfim, pela eficiência da gestão da coisa pública.

Para tornar mais palpável essa discussão, basta analisar o caso das permissões de transporte coletivo no Município do Rio de Janeiro.

Antes da atual Constituição, essas permissões eram celebradas e vigoravam por prazo indeterminado, enquanto bem servissem à Administração e à população em geral. E isso com base na legislação da época, que não exigia licitação para a delegação, através de permissões, da execução desses serviços.

Era o tempo em que os próprios permissionários figuravam como verdadeiros bandeirantes do asfalto, desbravando caminhos, abrindo estradas, consolidando o direito de ir e vir dos seus usuários.

Em 1998, foi promulgada a Lei Complementar Municipal 37, que fixou um prazo determinado e prorrogável (de 10 anos) para essas permissões.

De lá para cá, houve incremento substancial do número de ônibus (quase 7.500), empregos diretos (mais de 50 mil), na capilaridade das linhas e qualidade da prestação do serviço. A melhoria só não foi mais acentuada porque, durante esse período, a insegurança jurídica provocada pelas dezenas de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público estancou, literalmente, o investimento das empresas.

Paralelamente a essa insegurança jurídica, o setor de transporte sofreu com constante defasagem tarifária, elevação excessiva da carga tributária, concorrência desleal e ruinosa de *vans* ilegais, incêndio de centenas de ônibus e completa ausência de custeio para os milhões de beneficiários de gratuidades transportados mensalmente.

Tais fatos ensejaram créditos para esses permissionários da ordem de centenas de milhões de reais, devidamente apurados, dentre outros, pelo sistema de bilhetagem eletrô-

nica RioCard e facilmente constáveis através de auditoria independente, como autoriza o art. 42, § 3º, II da Lei Federal nº 8.987/95.

Muito bem. O Município do Rio está diante desse impasse. Licita-se tudo ou prorroga-se, com base na lei, o prazo dessas permissões, de sorte a anular/compensar, de imediato, os vultosos créditos dessas empresas. Sem solução de continuidade. Sem desemprego em massa. Sem prejuízo para o erário e os usuários.

Além disso, em busca da eficiência, os permissionários municipais concordam, inclusive, em modernizar substancialmente o sistema de transporte local, implantando corredores expressos, propondo a alteração dos itinerários de linhas, ampliando a integração entre outros modais, sem qualquer custo para a população.

Poder-se-ia até cogitar de uma terceira via, em que se optasse pela concorrência do tipo “maior valor de outorga”, a fim de fazer face ao incontestável pagamento desses créditos. Essa opção, entretanto, vai de encontro ao próprio interesse público, pois, nesse caso, ao contrário do que possa parecer, o interesse (secundário) da Prefeitura contrapõe-se ao interesse (primário) dos usuários, já que este montante necessariamente deverá ser amortizado durante o prazo da nova permissão, o que corresponderá a uma tarifa, inevitavelmente, mais elevada.

A conta é simples. A eficiência é isso: mera relação entre resultados obtidos e recursos empregados.

No caso em tela, o Prefeito do Rio decidiu pelo caminho do “pseudo” dogma. Açodou-se. Sem qualquer planejamento, resolveu licitar por licitar, sem qualquer previsão de melhoria do quadro atual. Optou por olhar o futuro com as lentes opacas do passado. Perdeu mais essa chance de inovar, de ser mais eficiente, de fazer história. A população pagará a conta.

Bom para o Judiciário, que certamente será chamado a controlar mais essa decisão e figurar, novamente, como protagonista na definição de políticas públicas. Espera-se, no mínimo, que, dessa vez, esse último baluarte do Estado do Direito, ao optar entre esses dois caminhos, decida pela eficiência, em nome do interesse público.

